

Recensão ao livro *Limited Liability. A Legal and Economic Analysis*, de Stephen M. Bainbridge / M. Todd Henderson (Edward Elgar Publishing, Cheltenham / Northampton, 2016. 315 pp. ISBN 978 1 783473021)

Maria de Fátima Ribeiro^{*}

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

* A Autora escreve de acordo com a antiga ortografia.

1. A presente monografia versa sobre um tema de grande actualidade e importância para todos aqueles que investigam e trabalham na área do direito societário: o de apurar até que ponto se justifica, ainda (ou se justificará hoje, mais do que nunca), o estrito respeito pela limitação da responsabilidade dos sócios na exploração da empresa societária, quando é certo que, entretanto, ganhou protagonismo a possibilidade de recurso ao mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades ditas «de capitais» para, por essa via, se fazer os sócios responder pelas dívidas da sociedade. O objectivo da obra é precisamente o de propor a substituição do recurso à desconsideração da personalidade jurídica por outros meios de responsabilização dos sócios previstos nas normas de cada ordenamento jurídico, a cuja hipótese legal sejam subsumíveis os comportamentos dos sócios que possam ter posto em causa a capacidade de a sociedade satisfazer os respectivos credores – identificando alternativas que proporcionem «maior certeza *ex ante* e mais fácil aplicação *ex post*».

A obra encontra-se dividida em 11 partes (pp. 1-304), a que acrescem um índice de assuntos (p. v.), uma lista de espécies jurisprudenciais (pp. vi-xvii) e um índice alfabético remissivo de assuntos (pp. 305-315).

2. Na introdução, os Autores mostram como a regra da limitação da responsabilidade dos sócios é de central importância, embora sujeita a críticas, sobretudo quando se considera que a sua função de encorajamento à assunção de riscos pode ser posta em causa nas situações em que se correm riscos excessivos que, por sua via, se «externalizam» – ou seja, se faz o mercado suportar quase totalmente as consequências negativas dessa actuação, sendo certo que os benefícios financeiros, a existirem, serão essencialmente atribuídos à sociedade e, reflexamente, aos seus sócios. Mas também explicam como a desconsideração da personalidade jurídica, mecanismo desenvolvido para tutelar os interesses dos credores da sociedade nestas circunstâncias, ao fazer o património dos sócios responder pelas dívidas da sociedade, se revela uma solução geradora de incerteza e dogmaticamente indefensável.

3. A análise da limitação da responsabilidade dos sócios parte de uma exposição relativa à sua evolução histórica e à sua explicação: enquanto consequência da personalidade jurídica das sociedades comerciais, justificada pelo princípio de que ninguém (*in casu*, os sócios) deve responder pelos danos causados por outrem (a sociedade ou, em última análise, aqueles a quem cabe a sua administração), sustentada no facto de que é essencial para estimular o investimento eficiente em projectos de risco no mundo empresarial e fomenta democraticamente o crescimento de pequenos e grandes negócios. Os Autores acrescentam que a regra da limitação da responsabilidade dos sócios seria também maioritariamente adoptada se credores sociais e sócios pudessem negociar livremente, afastando-a ou contornando-a sempre que tal se mostrasse

necessário (o que de facto acontece com frequência nas relações entre os credores das sociedades de pequena dimensão e os seus sócios, sempre que estes últimos são chamados a garantir pessoalmente as obrigações sociais).

4. A justificação e a importância da regra da limitação da responsabilidade dos sócios são analisadas através da ponderação de diversos factores, com particular destaque para o da dimensão e características da própria sociedade em causa.

A partir do século XIX, o desenvolvimento industrial fez surgir as grandes empresas societárias, com muitos milhares de sócios, credores e outros *stakeholders* geograficamente dispersos; simultaneamente, assistiu-se ao desenvolvimento do fenómeno da responsabilidade empresarial, nos domínios da responsabilidade contratual e aquiliana, com a consequente exposição da empresa a riscos exponencialmente crescentes. Este último facto tornou insustentável a existência de investimento empresarial sem a possibilidade de limitação da responsabilidade dos «proprietários» da empresa; o primeiro, levava a que os credores e outros *stakeholders* tivessem grande dificuldade em identificar e demandar estes «proprietários», o que em qualquer caso, a suceder, teria custos inportáveis. Deste modo, as sociedades nas quais os sócios não respondem pelas dívidas societárias tornaram-se o modelo de organização empresarial dominante.

5. A regra da limitação de responsabilidade compreende-se, indubitavelmente, quando os sócios são pequenos investidores de sociedades abertas, completamente afastados da gestão da sociedade.

Mas torna-se mais difícil justificá-la quando se trate de sócios que, de alguma forma, possam intervir na gestão da sociedade, em particular no caso das sociedades de pequena dimensão e nas sociedades ditas «fechadas». Aqui, não colhe o argumento de que os sócios não devem responder por, na estrutura societária, não terem a função de, directa ou indirectamente, gerir a empresa societária (pelo que parece dever prevalecer a regra que subjaz à construção jurídica da responsabilidade nas sociedades comerciais: a poder corresponder, necessariamente, responsabilidade).

Mais: a limitação da responsabilidade nem protegerá aqui adequadamente os sócios do risco empresarial quando estejam em causa créditos que tenham origem contratual, porquanto estes credores, na prática, obrigarão os sócios a garantir pessoalmente o cumprimento das obrigações da sociedade.

É, porém, relativamente aos credores das sociedades ditas «fechadas» e cujos créditos tenham origem extracontratual que surgem para os Autores as maiores dificuldades em justificar a regra da limitação da responsabilidade: embora esses credores não estejam em condições de exigir a prestação de garantias pessoais aos sócios, não teriam, na ausência da limitação legal da sua

responsabilidade, dificuldades em identificá-los e demandá-los judicialmente para o cumprimento das obrigações da sociedade (afastando-se assim o argumento de ineficiência que a solução de não limitação da responsabilidade dos sócios apresentaria para estes credores nas sociedades «abertas»). E é também sobretudo nestes casos que se tem defendido o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para tutela destes credores.

6. A desconsideração da personalidade jurídica (*lifting the corporate veil*) constitui um dos dois grupos de possíveis excepções à regra da limitação da responsabilidade dos sócios identificados na obra. De facto, a regra pode ser afastada voluntariamente pelos sócios, através de previsão no próprio contrato de sociedade (o que corresponderia, entre nós, à escolha de um dos modelos societários nos quais todos ou alguns dos sócios respondem pelas dívidas da sociedade: sociedade em nome colectivo ou sociedade em comandita); ou imposta por decisão judicial, no caso de desconsideração da personalidade jurídica. Ora, uma vez que os sócios optam sempre por um modelo societário que não os exponha ao risco, a situação mais frequente é a segunda.

O facto é que, como resulta da exaustiva análise da desconsideração da personalidade jurídica aqui levada a cabo pelos Autores, não existem, na concepção e aplicação prática desta solução, critérios uniformes – nem é, tampouco, possível identificar claramente uma regra, o que leva a incerteza, falta de previsibilidade e crescentes custos de transacção para as pequenas empresas.

Além do mais, como se examina e demonstra na obra, tem presidido a cada decisão judicial de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica uma preocupação de responder a um concreto problema, procurando *ad hoc* uma solução equitativa ou justa, exclusivamente com base em intuições e presunções judiciais, mas sem uma abordagem analítica capaz de identificar com segurança as diferentes formas de abuso da personalidade colectiva; e, claramente, sem a consideração das consequências que a pontual responsabilização pessoal de sócios, nestas circunstâncias, importa globalmente para a economia. A este propósito, pode ler-se a pp. 279 uma frase que sintetiza eficazmente a exposição precedente: «judges frequently seem to be concerned more with the equities of the specific case at bar than with the implications of personal shareholder liability for society at large».

Não obstante, recorre-se à desconsideração da personalidade jurídica para tutela dos credores sociais em todos os países em cujo ordenamento jurídico a limitação da responsabilidade dos sócios é a regra: «where the limited liability goes, so too goes the doctrine of piercing the corporate veil» (p. 234). Na obra, conclui-se, depois de uma aturada análise comparativa à situação no Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, China, Japão e diversos países europeus, que, no fundo, as características do recurso a este mecanismo são sempre

muito semelhantes, assim como o são os diversos problemas que traz a sua aplicação: a incerteza relativamente aos contornos e conteúdo de uma regra como a limitação da responsabilidade importam um custo substancial, pois a imprevisibilidade quanto ao risco afasta aqueles que estariam, precisamente, dispostos a arriscar numa actividade empresarial, ou, pelo menos, leva-os a tomar precauções excessivas, com elevados custos de transacção – cujo impacto financeiro será necessariamente, a final, transferido para o mercado, ou seja, também para os próprios credores sociais.

7. Pelas razões expostas, Bainbridge e Henderson exploram a possibilidade de adopção de vias alternativas, capazes de aproximar a lei de soluções que assegurem o compromisso ideal entre a eficiência e os custos da regra da limitação da responsabilidade dos sócios (embora reconheçam que o recurso à desconsideração da personalidade jurídica dificilmente será erradicado nos tempos mais próximos, apesar de defenderem que tal se justificaria plenamente).

Para o efeito, propõem que a abordagem à tutela dos credores das sociedades comerciais seja feita, não a partir da desconsideração da personalidade jurídica, que parte da actuação dos sócios no âmbito societário (com base, nomeadamente, no facto de terem recorrido à sociedade como um *alter ego*, ou de se terem servido do poder de a controlar de modo a causarem danos a terceiros), mas a partir da responsabilidade dos sócios perante esses terceiros com base na sua actuação directa para com estes, quando ela o justifique (por exemplo, com base em responsabilidade pré-contratual, quando o credor tenha agido com base na confiança em informações prestadas pelo sócio em causa; ou com base na violação de regras especificamente destinadas a regular a actuação e responsabilidade de administradores e sócios, em determinados contextos).

Deste modo, circunscreve-se o problema da tutela dos credores sociais aos casos em que os sócios efectivamente estão em situação que lhes permita interferir na gestão da sociedade, não se atingindo nem correndo o risco de atingir aqueles que se comportam como meros investidores nas chamadas «sociedades abertas». Além do mais, com esta solução, ficará assegurada a protecção dos credores quando ela realmente se justifica, ou seja, nos casos de créditos com origem contratual em que exista fundada razão para aqueles não terem negociado ou imposto a constituição de garantias adequadas, ou naqueles em que existe responsabilidade aquiliana num contexto de externalização deliberada de riscos excessivos.

Quanto aos credores cujos créditos têm origem contratual e que poderiam ter acautelado contratualmente a satisfação desses créditos, notam os Autores que só poderia estar em causa a desconsideração da personalidade jurídica em dois grupos de situações: quando o credor tenha sido levado pelo sócio, com

base na relação de confiança, a prescindir de garantias pessoais; e quando o sócio tenha, depois de constituída a obrigação, de algum modo desviado bens do património da sociedade, impossibilitando-a de a satisfazer. Em ambos os casos, a solução proposta permitiria prover uma resposta adequada aos problemas de tutela de credores, sem os inconvenientes que se apontam à desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto aos credores cujos créditos nascem da responsabilidade aquiliana, os custos e a incerteza associados ao recurso à desconsideração da personalidade jurídica afastam a bondade da aplicação desse mecanismo como resposta aos problemas que coloca a sua tutela. Em vez disso, as soluções que resultam da legislação destinada a regular a responsabilidade de administradores, dentro e fora da insolvência da sociedade, assim como a regulação específica de determinados sectores de actividades mais potencialmente causadores de danos (v.g., a consagração legal da obrigatoriedade de contratação de seguros de responsabilidade civil com *plafonds* mínimos elevados, no exercício dessas actividades), darão resposta adequada e previsível à questão, com custos de transacção aceitáveis.

8. Cabe salientar que a abordagem dos problemas relativos à protecção de credores, na sua relação com a regra da limitação da responsabilidade dos sócios, é clara e muito completa. Além do tratamento genérico da questão, são especialmente analisados os casos específicos dos grupos de sociedades (quer na perspectiva da relação sociedade-mãe/sociedades-filhas, quer na da relação entre sociedades-irmãs), da subcapitalização, da mistura de patrimónios, da especial tutela dos direitos dos trabalhadores, entre outros. E, na exposição relativa à aplicação, pelos tribunais, do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica, são apreciados criticamente os vários critérios que, em cada estado, têm justificado tal solução, assim como são enumeradas e ponderadas as principais defesas invocadas pelos sócios para, nessas situações, tentarem afastar o recurso a tal solução.

9. Em suma, trata-se de uma obra de referência sobre um problema que carece de tratamento adequado, especialmente porque esse tratamento aí lhe é dado através da simultânea perspetivação jurídica e económica. A abordagem é, assim, particularmente bem sucedida, fruto de uma investigação séria e da identificação clara do problema da tutela dos credores sociais no confronto com a regra da limitação da responsabilidade dos sócios. A crítica à desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente responsabilização casuística de sócios pelas dívidas da sociedade, é cuidada e confirmada pelo meticuloso exame das decisões na matéria.

A proposta de recurso a outras vias de solução merece certamente acolhimento, pois assenta em argumentos de certeza, segurança e justiça

difficilmente refutáveis, além do mais, solidamente amparada em razões de eficiência económica. E mesmo se, como reconhecem os Autores, é muito difícil pretender o abandono imediato do recurso à desconsideração da personalidade jurídica nos tribunais norte-americanos, não deixa de ser razoável esperar que, a médio e longo prazo, a obra tenha um impacto muito positivo na demanda de uma tutela social e economicamente mais eficiente dos interesses dos credores sociais.